

حق المتهم في الاستعانة بمحام
بين الشريعة والقانون (*)

د. عوض محمد عوض
أستاذ القانون الجنائى بكلية الحقوق
جامعة الاسكندرية

من الأقوال المأثورة لدى رجال القانون أن قانون الإجراءات هو قانون الأبرياء وأن قانون العقوبات هو قانون المجرمين .. وهذا القول حق ، فقانون الاجراءات هو قانون الضمانات ، أما قانون العقوبات فهو قانون الجزاءات . وحق الدفاع يحتل قمة الضمانات بغير نزاع ، وقد عنى قانون الاجراءات بكفالته ونظم كثيرا من

(*) محاضرة ألقيت فى جمعية الحقوقيين بالشارقة فى ١٩٨٥/١٢/٢٦

احكامه . ولما كان القضاء فى دولة الإمارات يلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما لا يتعارض معها من القوانين النافذة ، فإن المحاكم كثيرا ما تقف أمام بعض النصوص ومنها النصوص المتعلقة بحق الدفاع لكى تتحقق من مدى موافقتها أو معارضتها لأحكام الشريعة الإسلامية .

وقد وقعت على حكمين حديثين يتصلان مباشرة بحق الدفاع ، وكلاهما صادر فى ذات الواقعة . أما الأول فصادر من محكمة عجمان الشرعية الإتحادية فى ١٩/١٢/١٩٨٤ ، وأما الثانى فصادر من المحكمة الإتحادية العليا فى ٢٤/٢/١٩٨٥ . وتتحصل الواقعة التى صدر فيها الحكمان فى أن شخصين تواطآ على قتل مخدوميهما ثم أتبعا العزم بالعمل فقتلا أحد المخدومين وسلبا بعض ماله ثم شرعا بعد ذلك فى قتل الآخر وواقعا زوجته كرها واستوليا كذلك على بعض ماله . وقدمتهما النيابة العامة إلى محكمة عجمان الشرعية وطلبت عقابهما بالعقوبات المقررة شرعا للقتل العمد والشروع فيه واغتصاب المجنى عليها بالقوة والسرقة . وفى أثناء نظر الدعوى طلبت النيابة العامة من المحكمة أن تعين لكل من المتهمين محاميا للدفاع عنه عملا بحكم المادة ١١٩/٢ من قانون الإجراءات الجزائية المعمول به ، لكن المحكمة لم تستجب لهذا الطلب ومضت فى نظر الدعوى فى مواجهة المتهمين وقضت فيها بالادانة وأوقعت على كل منهما عقوبة الاعدام . وجاء فى حكمها تبريرا لرفض طلب النيابة العامة ما يلى :

« أما من حيث طلب النيابة العامة تطبيق المادة ١١٩/٢ من قانون الاجراءات الجزائية لسنة ١٩٧٠ والمطبق بامارة عجمان والتى تنص على إلزام المحكمة فى مثل الحالة المعروضة بأن تعين محاميا للدفاع عن المتهمين فى حالة عدم مقدرتهما المالية على تعيينه ، وبما أن المحكمة قد اتخذت قرارها برد الطلب وعدم إجابته وذلك سندا إلى رأى الفقه الإسلامى من حيث إن اقرار الوكيل على موكله بالحدود والقصاص غير مقبول ، وذلك باتفاق الأئمة الأربعة .

وحيث أن رأى الفقه المذكور مبنى على أن وسائل إثبات الحدود محدودة ، والإقرار بشروطه فيها من أهم وسائل الإثبات، فلهذا فلا يقبل شرعا إلا من الجانى شخصيا ، لأن فيه أمرا دينيا وهو التوبة وما يتبعها من آثار دينية أو قضائية ، وعليه فإن توكيل المتهم فى جرائم الحدود والقصاص وكيلا عنه أو محاميا ليس أمرا مطلوبا بالضرورة شرعا ولا لازما ، بل هو غير جائز شرعا .

ومن حيث إن المادة ٧٥ من القانون الإتحادى رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ مقروءة مع المادة ٧ والمادة ١٠١ من الدستور المؤقت لدولة الأمارات العربية تعطى الحق لهذه المحكمة ولكل محكمة فى الدولة فى عدم تطبيق أى قانون يتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية ، فسندا لذلك فإن هذه المحكمة

فى حل من الأخذ بنص المادة ٢/١١٩ من قانون الإجراءات الجنائية طالما أنه يأمر بأمر لا يجوز شرعا » .

ويبين من هذا الحكم :

١ – أن المحكمة ترى أن حضور وكيل أو محام مع المتهم أو عنه غير جائز شرعا .

٢ – أنها لا ترد هذا الحكم إلى نص صريح فى الكتاب ولا فى السنة ، بل تقرر أنه رأى الفقه الإسلامى .

٣ – أنها تعلل قضاءها بأنه لما كان توكيل المتهم غيره يخول الوكيل حق الإقرار نيابة عنه ، وكان الإقرار بالحدود والقصاص لا يقبل إلا من الجانى نفسه دون وكيله فإن الوكالة عن المتهم تكون غير جائزة .

٤ – أن المحكمة – بناء على ما تقدم – ترى أن حكم المادة ٢/١١٩ من قانون الإجراءات يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية مما يجعلها فى حل من اطراح هذه المادة وعدم الإلتزام بتطبيقها .

ولما عرض الأمر على المحكمة الإتحادية العليا أقرت الحكم فيما انتهى إليه من ادانة المتهمين وأعلنت رأيها فى مدى التزام القضاء شرعا بندب محام للدفاع عن المتهم وفى جزاء الاخلال بهذا الإلتزام ، وقررت فى هذا الصدد جملة من المبادىء :

أولها : أن الشريعة الإسلامية لا تحتفل فى الأصل بالتقيد بالشكل فى المسائل الإجرائية أمام القضاء إلا اضطرارا لتصون به حقا أو ترد به باطلا ، وأن القواعد الإجرائية فى ظل تلك الأحكام ينبغى أن تكون أداة طيعة ومطيعة ذلولا من شأنها تيسير سبل التقاضى والتعجيل بحسم الدعاوى مع توفير المرونة استهدافا لتحقيق العدل الذى ينشده القضاء فى الإسلام ودون إنتقاص من كفالة الضمانات للمتهمين أثناء محاكمتهم .

والثانى : أن قواعد الشريعة الإسلامية لا تشترط لصحة المحاكمة الجزائية أيا كانت الجرائم محل المحاكمة أن يحضر مدافع مع المتهم ولم ترتب بطلانا على انعقاد المحاكمة دون حضور محام .

والثالث : أنه وإن كانت المادة ٢/١١٩ من قانون الإجراءات الجزائية لسنة ١٩٧٠ الصادر من حكومة دبى والمعمول به فى إمارتى عجمان والشارقة أيضا توجب على القاضى أن يعين وكيلا للدفاع عن المتهم فى جريمة عقوبتها الموت أو الحبس المؤبد إذا كان غير مقتدر ماليا إلا أن هذا النص لم يرتب على مخالفته جزاء بطلاد إجراءات المحاكمة ، كذلك فإن نصوص القانون الاتحادى رقم ٩ لسنة ١٩٨٠ فى شأن تنظيم مهنة المحاماة والقانون الاتحادى رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ بإنشاء المحاكم الاتحادية والقانون الإتحادى رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ فى شأن السلطة القضائية خلت من نص يشترط لصحة المحاكمة فى أية جريمة حضور محام أو ثمة بطلان على تخلف حضور المحامى أثناء المحاكمة ، ومن ثم

فلا يسوغ القول بوقوع مثل هذا البطلان بغير نص سواء أكان مصدره شريعة الإسلام أو قانونا يتفق مع أحكامها .

ويلفت النظر فى حكم المحكمة العليا :

١ – أنها تناولت الموضوع من زاوية تختلف عن الزاوية التى تناولته منها محكمة عجمان ، فهذه الأخيرة ترى أن حضور وكيل عن المتهم مخالف للشريعة ، أما المحكمة العليا فترى أنه لا يشترط لصحة المحاكمة شرعا أن يحضر مدافع مع المتهم ومن ثم فلا بطلان إذا حضر المتهم بمفرده . وبعبارة أخرى فإن محكمة عجمان تصرح بأن حضور المدافع غير جائز شرعا ، أما المحكمة العليا فتراه غير لازم ، والفرق بين الرأيين كبير .

٢ – إن المحكمة العليا – على خلاف محكمة عجمان – كانت حريصة على نفى التعارض بين التنظيم القانونى القائم والشريعة الإسلامية ، وتأكيدا لذلك قررت أن قانون الإجراءات الجزائية وإن أوجب على القضاء فى أحوال معينة تعيين محام للدفاع عن المتهم إلا أنه لم يرتب على مخالفة هذا الواجب بطلان المحاكمة . واستدلت على صحة هذا النظر بأن القوانين الإتحادية المنظمة للسلطة القضائية والمحاكم الإتحادية ولمهنة المحاماة جاءت كلها خالية من نص يوجب حضور محام لصحة المحاكمة ، وأن البطلان لا يتقرر بغير نص فى الشرع أو فى القانون ، وبذلك صرفت الوجوب المنصوص عليه فى المادة ٢/١١٩ من قانون الإجراءات إلى معنى الندب والإستحباب .

ويحسن قبل بيان الرأى الشرعى فى المبادىء التى اشتمل عليها كل من الحكمين السابقين أن نمهد للموضوع ببيان موقف التشريع الوضعى بوجه عام ومن مسألة استعانة المتهم بمن يتولى الدفاع عنه أمام القضاء .

موقف التشريع الوضعى :

من المتفق عليه فى التشريعات الوضعية أن حق الدفاع حق أصيل يثبت للمتهم منذ اللحظة التى يوجه إليه فيها الاتهام بارتكاب جريمة معينة ، ويظل هذا الحق قائما طوال مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة . وقد أكدت المواثيق الدولية هذا الحق ، وحرصت كثير من الدول على النص عليه فى دساتيرها إعلاء لشأنه وضمانا لكفالته . والمقصود بحق الدفاع تمكين المتهم من درء التهمة عن نفسه ، إما باثبات فساد دليلها أو بإقامة الدليل على نقيضها وهو البراءة .

والإتهام بطبيعته يقتضى الدفاع ، فهو ضرورة منطقية له ؛ ذلك بأن الاتهام إذا لم يقابله دفاع كان فى واقع أمره إدانة لا مجرد اتهام . والإتهام يحتمل الشك بطبيعته ، وقدر الشك فيه هو قدر الدفاع ومجاله . ومن اقتران الدفاع بالاتهام تبرز الحقيقة ، وهى ما يسعى القضاء إلى الكشف عنها ؛ فكلا الأمرين عاجز بمفرده عن جلاء الحقيقة ، ومن هنا كانت أهمية الدفاع فى مجال العدالة الجنائية مساوية تماما لأهمية

الإتهام . ولهذا السبب فإن النظرة الحقيقية للدفاع توجب القول بأنه ليس حقا خالصا للمتهم ولكنه حق للمجتمع أيضا ، بل إنه يرقى إلى مرتبة الواجبات . ذلك بأنه إذا كان من حق المتهم ألا يدان وهو برىء ، فإن حق المجتمع فى ذلك لا يقل عن حقه ، لأن العدالة الجنائية والمصلحة الإجتماعية تقضيان بألا تنزل العقوبة بغير الجانى ، وإلا تحملت الجماعة ضررين : عقاب برىء وإفلات مجرم . وانطلاقا من هذه الفكرة تنص معظم التشريعات على ضرورة حضور محام مع المتهم فى مرحلة المحاكمة فى الجرائم الخطيرة ، ومنها ما يقرر هذا الحكم فى مرحلة التحقيق أيضا . ولا يحول دون تعميم الحكم على كل الجرائم وفى كلتا المرحلتين إلا صعوبة التنفيذ وعظم مئونته . وحيث تسود النزعة الاشتراكية فإن النظرة إلى الدفاع بوصفه حقا للمجتمع وواجبا أيضا تكون أعمق ، ولهذا تحرص الدول الإشتراكية على إنشاء جهاز حكومى مهمته الوقوف بجانب المتهمين والدفاع عنهم .

والأصل فى الدفاع أن يتولاه المتهم بنفسه ، غير أنه يجوز له أن يستعين فيه بغيره . ولا قيد على حقه فى اختيار من يدافع عنه إلا أن يكون من اختاره محاميا مقبولا للمرافعة أمام المحكمة التى تنظر الدعوى . ويستوى بعد ذلك أن يوكل للدفاع عنه محاميا واحدا أو أكثر ، وإذا اختار محاميا ثم بدا له أن ينحيه ويستبدل به غيره أو يتولى بنفسه أمر نفسه كان له ذلك سواء فى مرحلة التحقيق أو فى مرحلة المحاكمة . وليس للمحكمة أن تتدخل فى اختيار المتهم لمحاميه ولا أن ترده لأى سبب . كذلك فإن النيابة العامة – وهى خصم المتهم فى الدعوى الجنائية – لا شأن لها باختياره ، فليس من حقها أن تعترض على من اختاره ، واحدا كان أو أكثر ، وإذا اعترضت فلا يؤبه لاعتراضها لأن المتهم إنما يتصرف فى خالص حقه .

ولا تقف كثير من التشريعات المعاصرة كما أشرنا عند هذا الحد ، بل إنها تحظر فى أحوال معينة أن يمثل المتهم أمام القضاء بمفرده ، وتشترط فى هذه الأحوال أن يكون ثمة مدافع بجانبه . فإن أبى أو عجز عن توكيل محام ندبت له المحكمة من تلقاء نفسها محاميا للدفاع عنه وألزمت الدولة بدفع أجره . ونظرا لما يترتب على هذا الحكم من أعباء مالية فإن التشريعات بوجه عام تحد من نطاقه وتقصره على الحالات التى يكون فيها الإتهام خطيرا . ومن التشريعات ما يقرر الحكم إذا كان محل الإتهام مطلق جناية ، ومنها ما يقصره على الجنايات المعاقب عليها بعقوبة معينة . والإتجاه الأول يمثله التشريع المصرى حيث تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من الدستور على أن كل متهم فى جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه ، أما الإتجاه الثانى فيمثله قانون الإجراءات الجزائية فى كل من دبى ورأس الخيمة حيث نصت المادة ١١٩ من كل منهما على أن لكل شخص متهم أمام أية محكمة جزائية الحق بتعيين وكيل

للدفاع عنه ، وإذا لم يعين الشخص المتهم فى جريمة عقوبتها الموت أو الحبس المؤبد وكيلا للدفاع عنه فعلى القاضى المترئس فى المحكمة الجزائية التى تحاكم المتهم بمثل هذه الجريمة أن يحقق فى حالته المادية ، فإذا قنع بأنه غير مقتدر ماليا لتعيين محام للدفاع عنه وجب على القاضى المترئس تعيينه لهذه الغاية ، ويدفع من خزينة الدولة بقرار من القاضى المترئس لهذا المحامى مبلغ مائة ريال عن كل جلسة يحضرها للدفاع عن مثل هذا المتهم على ألا تزيد قيمة الأتعاب التى تدفع بمقتضى هذه المادة عن مبلغ خمسمائة ريال .

والرأى فى مصر متفق فقها وقضاء على أن حق المتهم فى اختيار محاميه مقدم على حق المحكمة فى تعيينه ، فإذا اختار المتهم محاميا فليس للقاضى أن يفتئت على اختياره ويعين له مدافعا آخر إلا إذا كان المحامى المختار قد بدا منه ما يدل على أنه يعمل على تعطيل سير الدعوى . ولكى تحقق العدالة الجنائية غرضها المنشود من تعيين المدافع فإنه ينبغى أن يكون على دراية كافية بكل ما اتخذ فى الدعوى من إجراءات وأن يبذل أمام المحكمة جهدا حقيقيا فى الدفاع عن المتهم . ولهذا فإنه يجب أن يشهد إجراءات المحاكمة من بدايتها إلى نهايتها ، سواء بنفسه أو ممثلا بمن ينوب عنه ، وأن يكون دفاعه حقيقيا لا شكليا . فإذا اقتصر دوره على مجرد إثبات حضوره ولم يبد أى وجه من وجوه الدفاع فقضت المحكمة بإدانة المتهم فإن حق الإستعانة بمدافع يكون فى هذه الحالة قد قصر عن بلوغ غايته وتعطلت حكمة تقريره ، ومن ثم تكون إجراءات المحاكمة قد وقعت باطلة .

ولا خلاف فى مصر على أن وجود مدافع مع المتهم بجناية هو من الإجراءات المتعلقة بالنظام العام ، فلا يجوز النزول عنه بحال من الأحوال ولو كان المتهم نفسه محاميا . بل إن هذه الضمانة لا يمكن التغاضى عنها ولو كان المتهم مليئا ، لأنه يجب فى كل حال أن يكون هناك من يدافع عنه ما دام متهما بجناية ، فإن كان مليئا وامتنع مع ذلك عن اختيار مدافع له ندبت له المحكمة مدافعا وألزمته بدفع أجره .

وما استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر يستقيم تماما فى ظل قانون الإجراءات الجزائية الحالى لإمارة دبى والمعمول به فى إمارة عجمان .

حق المتهم فى الأستعانة بمدافع فى الشريعة الإسلامية :

حق الدفاع فى الشريعة الإسلامية – كما هو فى القوانين الوضعية – من لوازم الإتهام، فهو فيها من المسلمات . ولم يتناول فقهاء الشريعة حق الدفاع كنظرية عامة ولم يعرضوا بالتفصيل لكل أحكامه على نحو ما يفعل فقهاء القانون الوضعى، ولكنهم مع ذلك عرضوا له فى عديد من تطبيقاته وفى مواضع متفرقة من مؤلفاتهم . ولا ينفرد حق الدفاع بهذا الموقف من جانبهم ، لأن الفقه الإسلامى ما زال حتى اليوم فى الأغلب الأعم فقه فروع ، وهو فى

حاجة إلى أن يتناوله المحدثون بالتأصيل والتنظير أو بمزيد من التأصيل والتنظير .

أما عن وجوب كفالة حق الدفاع فالأدلة عليه كثيرة ؛ فقد روى عن النبى ﷺ أنه قال لعلى بن أبى طالب حين ولاه اليمن : « يا على ، إن الناس سيتقاضون إليك ، فإذا أتاك الخصمان فلا تقضين لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء وتعلم لمن الحق » . ويروى المؤرخون أن الخليفة عمر بن عبد العزيز نصح بعض قضاته بقوله : إذا أتاك الخصم وقد فقئت عينه فلا تحكم له حتى يأتى خصمه فلعله قد فقئت عيناه جميعا . والرأى متفق فى الفقه الإسلامى على أن تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه هو من الشرع لا من السياسة ، لأن الإخلال بحق الدفاع إخلال بالعدالة نفسها وهى ما يسعى القضاء إلى تحقيقه . ولهذا فإنه يمتنع شرعا حرمان المتهم من حقه فى الدفاع عن نفسه فى أى حال من الأحوال .

ولكى يمارس المتهم هذا الحق يجب أن يكون قادرا على الدفاع عن نفسه بنفسه ، فإن كان عاجزا عن ذلك لم تصح ادانته لأن العجز عن الدفاع كالحرمان منه سواء بسواء . وقد بلغ تشدد فقهاء الشريعة فى رعاية هذا الحق وكفالته حدا لم يبلغه مشرعو القوانين الوضعية بعد ؛ فالأحناف يمنعون إقامة الحد على الأخرس وإن أقرّ به باشارة أو شهدت به عليه شهود . وحجتهم أنه لو كان ناطقا فربما ادعى شبهة تدرأ الحد عنه لأنه لا يقدر على اظهار كل ما فى نفسه بالاشارة ، فلو أقيم عليه الحد لم يكن ذلك عدلا لتمكن الشبهة .

أما استعانة المتهم بمن يدافع عنه فلا نجد فى نصوص الشريعة ما يصرح بحظره وإن لم يجر العمل مع ذلك على أن يحضر مع المتهم من يدافع عنه أمام القضاء . وربما كان مرجع ذلك إلى أن القضاة كانوا يدعون الفقهاء إلى مجالسهم ويستشيرونهم فيما يغم عليهم .، ولهذا فلم تكن حاجة المتهم شديدة إلى أن يستعين بمن يقدم له الرأى الشرعى . غير أن مهمة الدفاع لا تنحصر فى بيان الحكم الشرعى الصحيح فى الواقعة فحسب ، بل تشمل كذلك البحث فى مدى ثبوت الواقعة واستيفائها الشروط اللازمة لإيقاع حكم الشرع عليها ، وهذا يقتضى تفنيد أدلة الإدانة وتقديم أدلة البراءة . وعندنا أن أصول الشريعة الإسلامية – بغض النظر عن الواقع العملى فى العصور المتقدمة – لا تأبى أن يستعين المتهم بمن يدافع عنه ، بل لعلها تحض على ذلك فى ظل أوضاع وظروف كأوضاع وظروف مجتمعنا المعاصر ، وهو مجتمع تعقدت حياته التشريعية وبات من المتعذر على رجال القانون أنفسهم ملاحقة ما يصدر من قوانين ، وضعفت فيه كثير من النفوس فلم تعد ترعى الله فى خلقه ولا تتورع عن الكيد للغير واتهامهم بالباطل وتلفيق الأدلة ضدهم والشهادة زورا

عليهم ، وفى غمرة هذا كله صار القضاة فى حاجة إلى من يعينهم على تحرى الحقيقة ويبدد بعض الظلام الذى يكتنف ما يعرض عليهم من دعاوى ، وهذا هو الدور المنوط بالدفاع .

ويمكن الاحتجاج لهذا الرأى بأدلة وشواهد متعددة ، منها ما هو عقلى ومنها ما هو نقلى . أما دليل العقل فمستمد من طبيعة حق الدفاع ، فليس فى معنى الدفاع ولا من طبيعته ما يوجب قصر مباشرته على المتهم وحظره على سواه ، فقد يكون المتهم ممن لا يحسنون الدفاع عن أنفسهم ، وحتى لو كان ممن يحسن الدفاع فإن اتهام المرء بجريمة قد يعقل لسانه ويسلبه صفاء فكره وقوة حجته فلا يسلس له زمام المنطق ولا تستقيم له ملكة الدفاع ، وقد يغيب عنه فى هذا الموقف ما لو فطن له لاختلف وجه الحكم فى الدعوى ، ولا يمكن أن تقر عين العدالة بدفاع أبتر كهذا الدفاع . وإذا كنا لا نجد نصا صريحا يحظر على المتهم أن يستعين بمن يدافع عنه فإن أصول الشريعة ومبادئها العامة – كما ذكرنا – لا تأبى عليه أن يستعين بمن يشاء ؛ فهى تحض على نجدة الملهوف وإغاثة المكروب ، ولا جدال فى أن من أشد ما يكرب به المرء أن يساق إلى القضاء وأن يتهم أمامه بما قد يودى بحياته أو بطرفه أو بما يسلبه حريته .

وأما أدلة النقل وشواهده فمنها قوله ﷺ : « إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلىّ فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار » . وقد تناول فقهاء الشريعة هذا الحديث بالشرح من جوانب مختلفة ، غير أن هناك جانبا يستطيع المحدثون اليوم أن يبرزوه . فالحديث يخبرنا أن القاضى مهما تكن فطنته يمكن أن يدلس عليه أحد الخصوم بحسن منطقه وحذقه فى عرض حجته بحيث يجعله يرى الباطل حقا والحق باطلا فيقضى على وفق ما سمع وما اعتقد ، وقد أنبأنا الرسول ﷺ أن هذا الأمر يمكن أن يجوز عليه هو نفسه واعتذر واستبرأ لدينه وحذر الخصوم من أن يغرروا بقضاتهم ويستحلوا حق غيرهم . ونحن نفهم هذا الحديث على أن فيه إشارة إلى جواز إستعانة الفَدْم أو العيىّ بمن يحسن بسط حجته ، والجاهل بمن يفوقه علما وخبرة ، والمضطرب بمن هو أثبت منه نفسا وأصفى فكرا ليواجه خصمه ويفندَ حججه ويعصم القاضى من الزلل والحكم بغير الحق ويعينه بذلك على تحقيق رسالته وهى الكشف عن الحقيقة أولا ثم إمضاء العدل ثانيا .

حكى الخشنى فى « تاريخ قرطبة » أن رجلين اختصما إلى القاضى أحمد بن بقى فنظر إلى أحدهما يحسن ما يقول والآخر لا يدرى ما يقول ، ولعله توسم فيه ملازمة الحق ، فقال له : يا هذا ، لو قدمت من يتكلم عنك ، فإنى أرى صاحبك يدرى ما يتكلم ، فقال له : أعزك الله ، إنما هو الحق أقوله كائنا ، فقال : ما أكثر من قتله

قول الحق . فهذا القاضى الجليل أدرك بصافى حسه أن الرجل محق لكنه لا يدرى كيف يذود عن حقه فأشفق عليه وأهاب به أن يستعين بمن هو أقدر منه على مناظرة خصمه والدفاع عن حقه . ولم يكن فى وسع هذا القاضى أن يحكم لصالح الرجل بناء على مجرد إحساسه ، فهذه هى الفراسة التى نهى الفقهاء القضاة عنها وحذروهم من بناء الحكم عليها .

وقد يعترض على ذلك بأنه إذا جاز للعاجز أن يستعين بغيره فقد يوفق إلى من هو ألحن من خصمه فتنعكس الآية ، بل قد يستعين اللحن نفسه بمن هو ألحن منه فتكون مصيبة الخصم أكبر . وهذا الاحتمال بوجهيه قائم ، إلا أن البديل أخطر منه . وما دام الحكم يبنى على ما يرى القاضى أنه الحق فليس من العدل أن نحرم أحد الخصمين من إبداء كل دفاعه لقاضيه إما بنفسه إن أنس فى نفسه القدرة على الدفاع أو عن طريق غيره إذا أحس بالعجز عن مجاراة خصمه . والتسوية بين الخصوم فى هذا المجال هى أقصى ما فى وسع البشر عمله للكشف عن الحقيقة وإقرار العدل . وإذا لم يكن ثم بدّ من الموازنة والاختيار بين تقييد حق الدفاع والإفراط فى كفالته فإن كفة الأمر الثانى ينبغى أن ترجح ، لأن الاسراف فى تحرى العدالة خير من الظلم فى كل حال .

وقد عرضت هذه المشكلة لفقهاء الشريعة من زمن واختلفت فيها أقوالهم ، ويرجع اختلافهم بوجه عام إلى نظرة كل منهم إلى حق الدفاع ؛ فمن رأى منهم أنه حق خالص للخصم وسع عليه فيه ، ومن رأى أنه حق له يتعلق به حق لخصمه ضيق منه . وقد بحثوا هذا الموضوع بالتفصيل فى باب الوكالة .

أقوال الفقهاء فى الوكالة بالخصومة :

الأصل عند الفقهاء أن الوكالة تجوز فى كل ما لا تتعين فيه المباشرة . وليس من شروطها أن تكون هناك ضرورة تدعو الموكل إلى تفويض بعض أمره إلى غيره ، وإنما تصح الوكالة شرعا سواء كان الدافع إليها عجز الموكل عن مباشرة الأمر بنفسه أو مجرد رغبته فى الترفه عن مباشرة الأمر بنفسه . قال فى شرح العناية على الهداية : التوكيل هو تفويض أمرك إلى من وكلته اعتماداً عليه فيه ترفها منك أو عجزا عنه ، والوكالة أبداً إما للعجز أو للترفه .

وأجاز الفقهاء الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق للحاجة ، وعللوا ذلك بأنه ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات التى بها يثبت حقه أو يندفع بها عنه ما يدعيه الآخر ، بل إنهم أجازوا للخصم أن يوكل غيره ولو كان ممن يحسنون الخصومة إذا كان لا يحب أن يتولاها بنفسه .

واستدلوا على مشروعية الوكالة بما رواه البيهقى عن عبد الله بن جعفر قال : كان علىّ يكره الخصومة ، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب —

لكونه ذكيا حاضر الجواب – وبعد ما أسنّ عقيل وقّره فوكل عبد الله بن جعفر . وروى أن عليا وكل عقيلا عند أبى بكر وقال : ما قُضى له فلى وما قُضى عليه فعلىّ ، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان ، وقال : إن للخصومة قحما ، وإن الشيطان ليحضرها ، وإنى لأكره أن أحضرها . قال أبو زياد : القحم المهالك .

فلا خلاف إذن من حيث الأصل فى جواز الوكالة بالخصومة سواء كان الموكل هو المدعى أو المدعى عليه . غير أنه لما كانت الخصومة الجنائية تفترق من بعض الوجوه عن غيرها من الخصومات فقد ترك هذا الفارق أثره فى بعض الأحكام التفصيلية للوكالة . والمتفق عليه أن التوكيل فى دعاوى التعزير جائز ، سواء كان التوكيل بإثبات التهمة أو بدفعها ، وإنما الخلاف فى التوكيل فى دعاوى الحدود والقصاص .

مذهب الحنفية : يرى أبو حنيفة جواز التوكيل باثبات الحدود بإقامة البينة على السبب الموجب للحد ، وقال أبو يوسف : لا تجوز الوكالة بإثباتها . وقول محمد مضطرب ، تارة يضم إلى أبى يوسف وتارة إلى أبى حنيفة . وقيل هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائبا ، أما إذا حضر فلا اختلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره .

وحجة أبى يوسف أن التوكيل إنابة ، والإنابة فيها شبهة لا محالة ، وشبهة النيابة يحترز عنها فى باب الحدود والقصاص ، ولذلك لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضى إلى القاضى ولا شهادة النساء مع الرجال . أما الشبهة فهى احتمال أن يكون الموكل قد عفا عن الجانى والوكيل لا يشعر ، وهذه الشبهة تمنع جواز استيفاء الحد حال غيبة الموكل ، وهى – لنفس العلة – تمنع جواز الوكالة لاثبات الحد حال غيابه .

وحجة أبى حنيفة أن الخصومة شرط محض لثبوت الحد ، أما وجوبه فمضاف إلى نفس الشهادة لا إلى السعى فى إثباتها ، فكان السعى فى ذلك حقا كسائر الحقوق فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع . والمعنى أن الخصومة – وهى السعى لإثبات الحق – تعتبر حقا فى ذاتها تجوز الوكالة فيه كسائر الحقوق لوجود مقتضى التوكيل وانتفاء المانع منه .

والخلاف نفسه ملحوظ بين أبى حنيفة وأبى يوسف فى التوكيل بالجواب – أى بالدفاع – من جانب من عليه الحد والقصاص ، أى من جانب المتهم ؛ فقد أجازه أبو حنيفة ومنعه أبو يوسف . ورجح صاحب فتح القدير رأى أبى حنيفة فى جواز التوكيل بالجواب من جانب المتهم فقال : ولا شك أن كلام أبى حنيفة فيه أظهر منه فى الوكالة بالإثبات، لأن الشبهة التى بها منع أبو يوسف هناك لا تمنع عند دفع التهمة ، بل تقتضى أن يقول بجواز الوكالة فى الدفع ، لأن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال على

العفو صحيحة . ومعنى ذلك أنه إذا كان وجه اعتراض أبى يوسف على التوكيل باثبات الحدود والقصاص هو الخوف من أن يثبت الحد مع تمكن الشبهة ، وهى احتمال عفو المجنى عليه أو وليه دون علم الوكيل ، فإن هذا الاعتراض لا يستقيم عندما يكون التوكيل لدفع التهمة ، لأن الوكيل إنما يسعى لدرء الحد ، والحد يندرىء بالشبهة ، فهى إن صلحت مانعا من جواز التوكيل بالإثبات فإنها لا تصلح مانعا من جواز التوكيل بالدفع أو الجواب .

ويلاحظ أن اختلاف أبى حنيفة وأبى يوسف إنما يقتصر على الحالة التى يحضر فيها الوكيل فى غيبة موكله ، فقد أجاز أبو حنيفة التوكيل فى هذه الحالة ومنعه أبو يوسف ، أما إذا حضر الوكيل مع موكله فلا خلاف بينهما على جواز التوكيل . ويلاحظ أيضا أن اختلافهما إنما ينصب على القصاص وعلى الحدود التى تلزم فيها المطالبة وهى القذف والسرقة على مذهب الحنفية ، أما الحدود التى تتمحض عدوانا على حق الله كالزنا والحرابة فينبغى أن يكون التوكيل بإثباتها ودفعها جائزا باتفاق ، لأن ما يحترز عنه أبو يوسف إنما يصدق فحسب على القصاص والسرقة والقذف ولا يصدق على بقية الحدود ، لما هو معلوم من أن الحد إذا بلغ الإمام فليس لأحد أن يعفو عنه ، وقد كان احتمال العفو هو الشبهة التى دعت أبا يوسف إلى الاعتراض على جواز التوكيل بالإثبات ، فإذا انتفت جاز . وعلى كل حال فإذا كان التوكيل بإثبات بقية الحدود يمكن أن يكون فيه مقال فلا نعتقد أن التوكيل بدفع هذه الحدود يتسع لأى مقال . ولهذا يمكن القول بأن المذهب الحنفى يجيز للمتهم فى كل الأحوال أن يوكل غيره للدفاع عنه أمام القضاء سواء كان محل الاتهام من جرائم التعزير أو الحدود أو القصاص ، وسواء حضر الوكيل مع المتهم أو حضر عنه عند غيابه .

مذهب الحنابلة : لا خلاف عند الحنابلة على جواز التوكيل فى إثبات القصاص وحدّ القذف فى حضرة الموكل وغيبته لأنهما من حقوق الآدميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له حق قد لا يحسن الخصومة فيه أو لا يحب أن يتولاها . ومقتضى مذهبهم أن يكون التوكيل جائزا فى إثبات كل جريمة تقع عدوانا على حق العبد .

أما الجرائم التى يقع العدوان فيها على حق الله - كالزنا ونحوه - فجمهور الحنابلة على جواز التوكيل فى إثباتها ، وقال أبو الخطاب لا يجوز لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها ، والتوكيل يوصل إلى إيجابها فلزم ألا يجوز . أما فقهاء المذهب فسندهم حديث العسيف ، وفيه قال ﷺ : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ، فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت ، فقد وكله ﷺ فى إثبات حد الزنا وفى استيفائه جميعا . أما احتمال الشبهة فقد قال فقهاء

المذهب أنه لا يقدح ، لأن الوكيل يقوم مقام الموكل فى الإثبات، ولما كان هذا مأمورا بدرء الحد بالشبهة فكذلك وكيله ، فلم يكن احتمال الشبهة مانعا من جواز الوكالة فى الاثبات .

وإذا كنا نلمس فى الفقه الحنبلى خلافا بالنسبة إلى جواز التوكيل بإثبات بعض الجرائم – لمقام الشبهة – فإننا لا نجد فيه على أى حال خلافا فى جواز التوكيل بالجواب أو الدفاع فى أى جريمة ، لأن حق الشخص فى الدفاع عن نفسه أيا ما كانت الجريمة المنسوبة إليه هو من حقوقه الخالصة لا من حقوق الله ، والقاعدة عند الحنابلة أن التوكيل جائز فى كل حق آدمى مما تجوز فيه النيابة . يضاف إلى ذلك أن الشبهة التى دعت بعض فقهاء المذهب إلى منع التوكيل بالإثبات لا تصلح مانعا من التوكيل بالجواب أو الدفاع ، لأن نظرية الشبهة إنما تقررت لرعاية حق المتهم ، ورعاية حقه لا تقتضى منعه من توكيل غيره للدفاع عنه ، بل تقتضى على العكس إجازة التوكيل .

مذهب الشافعية : يجيز الشافعية التوكيل فى إثبات الجرائم التى تقع عدوانا على حق خالص للعبد أو على حق له يختلط بحق الله ولكن حق العبد فيه غالب . أما الجرائم التى تقع عدوانا على حقوق الله الخالصة فلا يجيزون التوكيل فى إثباتها مطلقا لأنها تندرىء بالشبهة . ويصح عندهم مع ذلك التوكيل فى إثباتها إذا لم يكن المقصود بذلك إيقاع حدها بل درء حد غيره ، ولهذا أجازوا للقاذف أن يوكل فى إثبات زنا المقذوف ليدرأ حد القذف عن نفسه .

جاء فى مغنى المحتاج : إنما يمتنع إثبات الحدود لابتنائها على الدرء ، نعم قد يقع إثباتها بالوكالة تبعا بأن يقذف شخص آخر فيطالبه بحد القذف ، فله أن يدرأ عن نفسه بإثبات زناه بالوكالة أو بدونها ، فإذا ثبت أقيم عليه الحد .

وليس فى فقه الشافعية ما يمنع المتهم من توكيل غيره للدفاع عنه ، بل مقتضى مذهبهم جواز ذلك ، لأن درء التهمة حق للمتهم والتوكيل جائز فى كل حق آدمى مما تجوز فيه النيابة . ولا فرق فى هذا الصدد بين أن تكون الجريمة المسندة للمتهم واقعة على حق الله أو لآدمى . يؤكد ذلك ما قدمناه من أنهم يجيزون للقاذف أن يوكل غيره لإثبات زنا المقذوف إذا طلب هذا إقامة حد القذف عليه ، فقد خالفوا بهذا الحكم أصلهم وهو حظر التوكيل فى إثبات الحدود التى تقع عدوانا على حق الله إذا كان إثباتها من لوازم الدفاع ، فدل هذا على أنهم يجيزون للمتهم فى سائر الأحوال أن يوكل غيره للدفاع عنه .

مذهب المالكية : المذهب عندهم جواز التوكيل فى الخصوم إدعاء وجوابا ، أى إتهاما ودفاعا . ولم أعثر فيما قرأت حتى الآن من مؤلفاتهم على أحكام خاصة تتميز بها جرائم الحدود والقصاص . ويمكن القول باطمئنان بأن فقهاء المالكية لا يمنعون

التوكيل بالدفاع لأن الوكالة كما عرفها ابن الحاجب نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة ، وليس فى قواعد المشرع ما يوجب على من اتهم بجرم أن يتولى بنفسه مهمة الدفاع عن نفسه ، وإنما الدفاع حق له إن شاء أن يباشره بنفسه فذلك هو الأصل ، وإن شاء أن يوكل فيه غيره فذلك له .

والخلاصة أن المذاهب الأربعة – فيما عدا رأيا مرجوحا فى المذهب الحنفى – متفقة على أن للمتهم أن يوكل غيره للدفاع عنه أمام القضاء ، سواء تعلق الاتهام بحد أو قصاص أو بما يوجب التعزير ، وإنما الخلاف فى التوكيل بالاثبات وهو خارج عن موضوع البحث .

قيود التوكيل بالخصومة فى الفقه الشرعى :

عنى الفقهاء بالبحث فى مدى حق الخصم فى توكيل من يمثله فى الخصومة وهل هو حق مطلق له أو يتوقف على رضا خصمه .

أما **الشافعية** فلا يجعلون التوكيل رهنا برضا الخصم ، وإنما المذهب أنه حيث يكون التوكيل جائزا فلا عبرة برضا الخصم ولا باعترافه ، لأن التوكيل حق لكل خصم فلا تتوقف مباشرته على رضا خصمه . جاء فى مغنى المحتاج : ويصح التوكيل فى الدعوى والجواب للحاجة وإن لم يرض الخصم لأنه محض حقه وسواء كان ذلك فى مال أم فى غيره .

وهذا هو رأى **الحنابلة** أيضا لأن الخصومة عندهم حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئثار به بغير رضا خصمه .

أما **المذهب الحنفى** ففيه خلاف ؛ ورأى أبى حنيفة أنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعى أو المدعى عليه إلا برضا الخصم ما لم تكن هناك ضرورة من مرض أو سفر . أما صاحباه فقالا : يجوز التوكيل بغير رضا الخصم .

وحجة الصاحبين أن التوكيل بالخصومة تصرف فى خالص حق الموكل لأنه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه ، وذلك حقه لا محالة ، وتصرف الشخص فى خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل باقتضاء الحق .

أما حجة أبى حنيفة فهى أن حق الخصم على خصمه أن يحضر أمام القضاء بنفسه ليجيبه عما يدعيه عليه ، فلا يجوز له أن يفوت حق خصمه بإيفاد وكيله إلا برضاه . ولا يقال أن الخصومة حق يجرى التوكيل فيه كسائر الحقوق ، لأن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق ، ودعوى المدعى خبر ، والخبر يحتمل الصدق والكذب ، وكذا يحتمل السهو والغلط ، وكذلك إنكار المدعى عليه يحتمل ذلك ؛ فلا يزداد الاحتمال فى خبره بمعارضة خبر المدعى ، فلم يكن كل ذلك حقا ، فكان الأصل ألا يلزم به جواب . إلا أن الشارع أوجب الجواب لضرورة فض الخصومات وقطع المنازعات

المؤدية إلى الفساد ولضرورة إحياء الحقوق الميتة . وحق الضرورة يصير مقضيا بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن الوكيل من غير ضرورة . ويضيف أبو حنيفه سببا آخر فيقول : لو فرضنا الخصومة حقا خالصا للخصم فإن تصرف الإنسان فى خالص حقه إنما ينفذ إذا لم يتعدّ إلى الاضرار بغيره ، ولا شك أن الناس يتفاوتون فى الخصومة كما صرح ﷺ فى الحديث ، فبعضهم أشد خصومة من الآخر ، وربما يكون الوكيل بحجته قويا فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه فيتضرر به ، لأن الوكيل إنما يقصد عادة لاستخراج الحيل والدعاوى الباطلة ليغلب وإن لم يكن الحق معه كما أفاد الحديث ، وفى هذا ضرر بالآخر فلا يلزم إلا بالتزامه ليكون الضرر الذى يصيبه مضافا إليه إلا إذا كان الخصم معذورا بسبب مرض أو سفر فإنه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه .

وتوسط بعض فقهاء الحنفية فقالوا يترك أمر التوكيل للقاضى ، فإذا علم أن الممتنع عن قبول توكيل خصمه إنما يمتنع تعنتا قُبل توكيله رغم إباء الخصم الآخر واعتراضه ، وإذا علم من الموكل أنه يقصد إيقاع الضرر بخصمه لم يقبل توكيله إلا برضا الخصم . وبهذا الرأى أفتى متأخرو الحنفية .

أما **المالكية** فالأصل عندهم جواز التوكيل دون توقف على رضا الخصم ، غير أنهم مع ذلك وضعوا على هذا الأصل قيودا تكاد تنتهى به عملا إلى ما انتهى إليه أبو حنيفة . وعلة إيجابهم تلك القيود هى حرصهم الشديد على تحقيق التكافؤ بين الخصوم أمام القاضى ومنع بعضهم – عن طريق التوكيل – من الإضرار بالبعض .

ويكاد المالكية رغم أصلهم المعلن أن يلزموا كل خصم بمواجهة خصمه بنفسه وألا يستتر خلف وكيله إلا أن يرضى بذلك خصمه ، ما لم يكن هناك عذر من مرض أو سفر .

وأقصى ما يجيزه المالكية للخصم أن يوكل عنه واحدا بغير رضا خصمه ، فلا يجوز له أن يوكل أكثر من واحد إلا برضاه . ويلتزم المالكية هذا الرأى بصرامة فنراهم يمنعون الخصم من توكيل اثنين ولو صرح فى التوكيل بمنعهما من الحضور معا بل يحضر أحدهما فقط فإذا عرض له مانع حل الآخر محله . ولعلهم قدروا أن تعاقب الوكلاء على الخصم يرهقه كما يرهقه تكاثرهم عليه ، فجعلوا للتعاقب من حيث المنع حكم التكاثر . ولعل أظهر ما يدل على حرص المالكية على تحقيق المساواة الشكلية بين الخصوم ما قرروه من أنه إذا تعدد المدعون وكان المدعى عليه واحدا لم يجز أن يحضروا جميعا لمخاصمته، بل يجب عليهم تقديم واحد منهم لينوب عنهم . جاء فى مواهب الجليل : قال مالك فى ورثة ادعوا منزلا فى يد رجل لا يخاصمه كل واحد عن نفسه بل يقدمون رجلا يخاصمه .

ويبين من أقوال فقهاء المذهب أيضا أنهم لا يعتبرون حق الخصم فى توكيل واحد عنه بغير رضا خصمه حقا مطلقا له ، بل يقيدون هذا الحق بقيود تكفل عدم الإضرار بخصمه . وأول هذه القيود ألا يكون الخصم قد قصد باختيار وكيله الكيد لخصمه . ويتحقق هذا القصد إذا كانت بين الوكيل والخصم الآخر عداوة ، فحينئذ لا يجوز توكيله ولو كان هو الوكيل الوحيد ، وعلى الخصم فى هذه الحالة أن يختار وكيلا غيره أو أن يمثل أمام القاضى بنفسه . ومن القيود كذلك أن يكون التوكيل فى بداية الخصومة لا فى إبّانها ، لأن التوكيل المتراخى يطيل أمد النزاع فيتضرر بذلك الخصم . جاء فى الشرح الصغير وفى شرح منح الجليل : يمتنع التوكيل – ولو كان واحدا – إذا قاعد الخصم خصمه بين يدى القاضى ثلاثة مجالس ولو فى يوم واحد ، فليس له أن يوكل عنه أحدا يخاصم عنه خصمه إلا برضاه لانعقاد المقالات بينهما وقرب انفصال خصومتهما ، فالتوكيل حينئذ يؤدى إلى تجديد المنازعة وطولها فلا خير فيه ، وذلك ما لم يكن انسحاب الخصم وإيفاد الوكيل – بعد تعدد المجالس – لعذر من مرض أو سفر فله حينئذ التوكيل . وعدد المجالس ليس مطلوبا لذاته ، بل لدلالته على أن الخصومة قطعت شوطا أوشك الحق معه أن يظهر . والغالب أن يكون ذلك بعد ثلاثة مجالس ، فإذا قطعت الخصومة هذا الشوط بعد مجلسين فقط كان لهما حكم الثلاثة . وهذا ما صرح به ابن رشد وهو من كبار فقهاء المذهب . ويمضى المالكية فى رعاية حق الخصم إلى مدى أبعد ، إذ يمنعون الخصم من عزل وكيله إذا قاعد خصمه عند القاضى ثلاثة مجالس ، سواء قصد بعزله أن يوكل غيره بدلا منه أو أن يباشر هو الخصومة بنفسه ، لأن فى ذلك تعطيلا للفصل فى الخصومة يتضرر منه الخصم فلا يجوز إلا برضاه ، وذلك إلا أن يظهر من الوكيل غش أو ميل إلى خصمه . بل إن المالكية يمنعون الوكيل نفسه من عزل نفسه إذا قاعد خصم موكله ثلاثا ولو فى يوم واحد ويلزمونه بمتابعة الخصومة ، وذلك لنفس العلة .

ويتضح مما سبق أن الفقه مجمع على أن الوكالة بالخصومة جائزة إذا ارتضاها الخصم ، ومن ثم فليس للقاضى أن يمنع الوكيل من الحضور إذا ارتضى الخصم الآخر وكالته . ويتضح كذلك أن جمهور الفقهاء – وهم الصاحبان من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية – يجيزون الوكالة عن الخصم بدون رضا خصمه وإن حرص المالكية مع ذلك على تقييدها بقيود تحول دون الاضرار بحق الخصم الآخر . وليس بين الفقهاء فيما نعلم من شرط رضا الخصم بالوكالة مطلقا غير أبى حنيفة وحده . وليس فى المسألة نص صريح وإنما هى من المجتهدات . ويرجع اختلاف الرأى فيها كما ذكرنا إلى اختلاف نظرة الفقهاء إلى التوكيل بالخصومة ، فمن رآه حقا خالصا للخصم أجازه دون توقف على رضا

خصمه ، ومن رآه حقا للخصم يتعلق به حق لخصمه قيده بما يدرأ الضرر عن هذا الخصم إما باشتراط رضاه فى كل حال أو باشتراطه فى بعض الأحوال .

مدى حق الوكيل فى الاقرار والانكار :

لا خلاف بين فقهاء الشريعة على حق الوكيل بالخصومة فى الانكار ، سواء صرح الموكل فى توكيله بذلك أو لم يصرح . أما الوكالة فى الاقرار فمحل خلاف ؛ فمن الفقهاء من منعها ومنهم من أجازها . واختلف القائلون بالجواز فى مطلق الوكالة على الخصومة ، هل يتضمن الاقرار أم لا ؟

وقد اتفق جمهور الأئمة على أنه يجوز للخصم أن يوكل غيره فى الإقرار ، وذهب الشافعى فى أحد قوليه إلى عدم الجواز ، وشبه الاقرار فى هذا المقام بالشهادة واليمين .

واختلف الجمهور فيما إذا وكل الخصم غيره فى الخصومة وأطلق الوكالة فلم يستثن منها الإقرار ولم يصرح بدخوله ، فقال المالكية والحنابلة ونفر من الحنفية لا يجوز للوكيل الإقرار ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف بجوازه ولكنهما مع ذلك منعاه فى الحدود والقصاص من باب الاستحسان .

واحتج القائلون بالمنع ابتداء بأن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل ، لأنه مأمور بالخصومة وهى منازعة ، والاقرار يضاد الخصومة لأنه مسالمة ، والأمر بالشىء لا يتناول ضده ، ولهذا لا يملك الصلح والإبراء. أما القائلون بالمنع استثناء فالقياس عندهم جواز الاقرار كما فى سائر الحقوق لقيام الوكيل مقام الموكل ، غير أنهم منعوه استحسانا فى الحدود والقصاص لشبهة عدم الأمر به . ومن هذا يتضح أن الإجماع منعقد على أن مطلق الوكالة على الخصومة فى الحدود والقصاص لا يتضمن الإقرار .

التعقيب على المبادىء التى قررتها محكمة عجمان الشرعية :

أولا : قضت محكمة عجمان بأن حضور وكيل عن المتهم غير لازم بل غير جائز شرعا ، وهذا القضاء غير صحيح فى عمومه . أما أن حضور الوكيل غير لازم فصحيح ، إذ ليس فى نصوص الشريعة ما يوجب حضور وكيل عن المتهم أو معه مهما يكن جسامة الجرم المنسوب إليه . بيد أن عدم اللزوم لا يقتضى عدم الجواز ، لأن الأمر الأول يعنى أنه ليس ثمة نص يلزم ، أما الثانى فيقتضى وجود نص أو أصل يحظر ، وليس لشىء من ذلك وجود . ولهذا رأينا الفقهاء يجيزون الوكالة فى الخصومة سواء فى الدعوى أو فى الجواب ، وإنما كان اختلافهم فى مدى توقفها على رضا الخصم . والاجماع منعقد على أن الخصم إذا قبل الوكيل فلا يجوز للقاضى أن يرده أو يحول بينه وبين ما وكل فيه .

ويبين من وقائع الدعوى التى كانت مطروحة على محكمة عجمان أن النيابة العامة - وهى الخصم الآخر - لم تعترض على حضور وكيل عن المتهمين ، بل أنها هى التى طلبت من المحكمة تعيين محام للدفاع عن كل منهما ، لكن المحكمة لم تستجب لطلبها بدعوى أن هذا الأمر غير جائز شرعا . والقول بعدم الجواز من جانب المحكمة غير سديد لما قدمنا .

ثانيا : عللت محكمة عجمان قضاءها بأنه لما كانت الوكالة تؤدى إلى صحة إقرار الوكيل على موكله وكان ذلك ممتنعا فى القصاص والحدود فإنه يتعين القول بعدم جواز الوكالة فى هذا المجال . وقد أخطأ الحكم فى هذا التعليل أيضا وخالف به ما اتفق عليه جمهور الفقهاء . فالمالكية يصرحون بأن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الاقرار ، والحنابلة يقررون بأنه إذا وكل رجلا بالخصومة لم يقبل إقراره على موكله ، والمنع قول الشافعية أيضا ، وهو كذلك مذهب الحنفية فى القصاص والحدود . وليس فى الفقه على أى حال من منع الوكالة فى الخصومة حذرا من أن يقر الوكيل على موكله ، وإنما كان المنع عند من منع لعلة أخرى وهى رعاية حق الخصم الآخر لا رعاية حق الموكل . فإذا لم يكن من شأن الوكالة أن تلحق بالخصم ضررا أو كان ذلك من شأنها ولكنه رضى بها فليس للقاضى أن يتدخل فى الأمر وأن يرد الوكيل . وإذا فرضنا جدلا أن الوكيل بالخصومة تجاوز حدود وكالته فأقر على موكله فالرأى متفق على أن هذا الاقرار لا ينفذ فى حق الموكل ، ومن الفقهاء من جعله سببا لانتهاء وكالته . ونضيف إلى ما تقدم أن تعليل المحكمة إذا أخذناه على ظاهره فإنه يفضى إلى شذوذ ، لأنه يؤدى بمفهوم المخالفة إلى جواز التوكيل فى جرائم التعزير مع أن حاجة المتهم إلى من يقف بجانبه ويحمل عنه عبء الدفاع فى جرائم الحدود والقصاص أشد . لكن المحكمة عكست الآية فضيقت عليه فيما كانت التوسعة فيه أولى وأوجب .

والغريب فى الأمر أن محكمة عجمان لم تنتبه إلى أن تنظيم الدعوى الجنائية أمام القضاء قد طرأ عليه تغيير لم يكن للسلف عهد به ، وكان هذا الأمر حريا بأن يحملها على القول بعكس ما انتهت إليه . ذلك بأن الخصم الرئيسى الذى قدم المتهمين للمحاكمة أمامها لم يكن هو المجنى عليه نفسه ولا ذويه بل كانت النيابة العامة ممثلة فى واحد من أعضائها . والنيابة العامة جهاز أنشأته الجماعة وعهدت إليه بتحقيق الدعاوى الجنائية وفوضته فى تقديم المتهمين إلى القضاء والمطالبة بتوقيع العقوبة المقررة شرعا أو قانونا على كل منهم . فالطرف الآخر فى الخصومة التى كانت معروضة على المحكمة لم يكن الخصم نفسه بل وكيله ، وهو وكيل محترف له من العلم والخبرة ما يجعله قادرا على بسط حجة موكله على خير وجه وأكمله ، وله من النفوذ والسلطة ما يمكنه من جمع أدلة

الاتهام من مختلف المظان . ولم تر المحكمة مع كل ذلك بأسا من أن تفسح المجال أمام المدعى لينيب عنه وكيلا له من المزايا ما قدمنا وأن تضيق فى الوقت نفسه على المتهم فتحرمه على الرغم من دقة موقفه من أن يمارس ذات الحق ، وهذا إخلال بمبدأ المساواة وهو مبدأ واجب الاحترام فى الدعاوى عموما وفى الجنائية خصوصا .

ثالثا : ذكرت محكمة عجمان أن حكم المادة ٢/١١٩ من قانون الاجراءات الجزائية يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وأنه يتعين لذلك إطراحه . وقد رأينا أن نصوص الشريعة وأصولها العامة لا تحظر الوكالة بالخصومة ، بل إن الفقه على جوازها . وإذن فالقول بالتعارض غير صحيح .

على أنه إذا كان التعارض منتفيا لما قدمنا فقد يقال إن التطابق غير قائم ، لأن نص القانون يجعل حضور المدافع واجبا والفقه الشرعى يجعله جائزا ، والوجوب غير الجواز ، فكان الاختلاف بين القانون وأصول الشريعة قائما من بعض الوجوه . غير أن هذا القول مردود بما هو مقرر لدى علماء الأصول من أن لولى الأمر أن يجعل المباح واجبا أو محرما إذا اقتضت ذلك فى بعض الظروف مصلحة عامة . فإذا ألزم بمباح فيه مصلحة أو نهى عن مباح فيه ضرر وجب امتثال أمره ونهيه ، وهذا ما يعرف بتحجير المباح ، والشواهد عليه فى الفقه كثيرة ، ومن بابه كل ما ينطوى تحت اسم السياسة الشرعية . فإذا قدر ولى الأمر أن المصلحة العامة تقتضى أن يكون لكل متهم بجريمة معاقب عليها بعقوبة خطيرة من يتولى الدفاع عنه وأوجب على المحكمة أن تعين له مدافعا إذا بان لها عجزه ، فإن هذا التقدير يوافق الشرع ولا يخالفه لأن فيه زيادة احتياط للدماء والأطراف والحريات ، وصيانتها من مقاصد الشرع .

التعقيب على حكم المحكمة الاتحادية العليا :

لم تصرح المحكمة العليا بتخطئة محكمة عجمان ، إلا أن عبارة حكمها تدل على أنها لا تشاطرها الرأى فيما ذهبت إليه من أن المادة ٢/١١٩ اجراءات تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية . ومذهب المحكمة العليا أن توكيل المتهم محاميا للدفاع عنه أمام القضاء جائز لا فى الجرائم التعزيرية وحدها ، بل وفى الحدود والقصاص أيضا. وأكدت المحكمة مذهبها حين عرضت عليها الدعوى التى فصلت فيها محكمة عجمان – ثم من بعدها محكمة استئناف الشارقة الاتحادية – حيث قدم المتهمان إلى المحكمة العليا مذكرة أوضحا فيها عدم قدرتهما المالية على توكيل محام وطلبا منها أن تندب لهما محاميا على نفقة وزارة العدل فاستجابت المحكمة لطلبهما وندبت محاميا للدفاع عنهما أمامها . وحاولت المحكمة العليا أن توفق بين أحكام الشريعة الإسلامية وحكم المادة ١١٩ من قانون الاجراءات ، فقررت بأن قواعد الشريعة لم ترتب بطلانا على انعقاد المحاكمة دون حضور محام وأن المادة ١١٩ وإن أوجبت

تعيين وكيل للدفاع عن المتهم فى جريمة عقوبتها الموت أو الحبس المؤبد إذا كان غير مقتدر ماليا إلا أنها لم ترتب على مخالفة حكمها بطلان إجراءات المحاكمة . وخلصت المحكمة إلى القول بأنه لا يسوغ القول بوقوع البطلان بغير نص سواء أكان مصدره شريعة الإسلام أو قانونا يتفق مع أحكامها . وبهذه العبارة الواضحة أفصحت المحكمة العليا عن انحيازها إلى مذهب البطلان القانونى ، وحاصله أنه حيث لا نص فلا بطلان ، أى أن المشرع وحده هو الذى يتولى تحديد حالات البطلان ، فلا يجوز للقاضى أن يقرر البطلان فى حالة غير ما ورد به النص .

ومذاهب البطلان فى الفقه عديدة ، ولا يعتبر مذهب البطلان القانونى أرجحها ولا هو أكثرها ذيوعا فى التشريع والقضاء المقارنين . ولو أن المحكمة العليا اعتنقت هذا المذهب والتزمته فى عامة أحكامها لقلنا هى وجهة نظر أخذت بها المحكمة لخلو التشريع الوطنى من تنظيم للمسألة ، سواء وافقناها على رأيها أو خالفناها . لكن المطلع على قضاء هذه المحكمة وعلى قضاء المحاكم الدنيا يكتشف بغير عناء أن المحاكم فى دولة الأمارات العربية المتحدة لا تعتنق مذهب البطلان القانونى بل تعتنق مذهب البطلان الذاتى ، ومقتضاه أنه لا يلزم لتقرير البطلان أن يكون منصوصا عليه صراحة فى كل حال على حدة ، بل يكفى لتقريره أن يكون الاجراء مشوبا بعيب جوهرى . والشواهد على ذلك كثيرة ، فقد استقرت أحكام القضاء فى دولة الأمارات على أن صدور الأحكام باسم رئيس الدولة إجراء يتعلق بالنظام العام وأن خلو الحكم من هذا البيان يجعله باطلا بطلانا مطلقا لفقدانه عنصرا جوهريا من عناصر شرعيته . واستقرت كذلك على أن القواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم تعتبر من النظام العام لأنها تنظم سلطة عامة من سلطات الدولة ويقصد بها تحقيق العدالة على وجهها الأكمل، ومن ثم فلا يجوز مخالفتها . وبناء على ذلك قضى بأن تشكيل محكمة أول درجة من قاضيين اثنين بدلا من قاض فرد يعد مخالفا للقانون ومبطلا للحكم الصادر منها . واستقرت كذلك على أن إجراءات إصدار الأحكام من أسس النظام القضائى وأن مخالفة الأصول المقررة فى شأنها يترتب عليها بطلان الحكم بطلانا يتعلق بالنظام العام . ومن هذه الاجراءات تدوين الحكم وتسبيبه والتوقيع عليه من جميع أعضاء الهيئة التى أصدرته والنطق به فى جلسة علنية . واستقرت أحكام القضاء كذلك على أن القواعد المنظمة لمواعيد الطعن تتعلق بالنظام العام وأن مخالفتها يؤدى بقوة القانون إلى سقوط الحق فى الطعن . واطرد قضاء المحكمة العليا على أن القانون الخاص بتنظيم حالات وإجراءات الطعن بالنقض قد أوجب – بالنسبة للطعون التى يرفعها المحكوم عليهم – أن يوقع أسبابها محام مقبول أمام المحكمة الاتحادية مما مفاده بطلان الطعن جزاء إغفال توقيعها من محام مقبول . وتنبغى الإشارة إلى أن القوانين

النافذة فى دولة الإمارات وإن تضمنت القواعد السابقة إلا أنها لم تنص على البطلان عند مخالفة أى منها ، ومع ذلك فقد استقر القضاء - باجتهاده - على ترتيب البطلان جزاء على مخالفتها ، مما يقطع بأن مذهب لا بطلان بغير نص ليس هو مذهب القضاء فى دولة الإمارات وعلى رأسه المحكمة العليا . بل إن المحكمة العليا نفسها لا تكتفى بتقرير البطلان فى الأحوال التى يوجب المشرع فيها شكلا معينا فى الاجراء القانونى ، بل تعمد أحيانا إلى القياس لإيجاب شكل معين فى إجراء لم ينص القانون على الشكلية فيه ثم ترتب البطلان على إغفال هذا الشكل . فقد قضت بأنه وإن كان القانون لم يشترط صراحة فى المذكرة التى يودعها المطعون ضده بدفاعه أن تكون موقعة هى الأخرى كصحيفة الطعن من محام أمام هذه المحكمة ، إلا أن وجوب توقيع تلك المذكرة من محام مقبول أمام هذه المحكمة أمر تستلزمه طبيعة المنازعة أمام محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون ، ومن ثم لزم أن يكون أطراف النزاع على مستوى أهمية ودقة هذا النوع من المنازعة فى القانون أمام محكمة النقض ، وأن المحكمة التى حدت بالمشرع إلى النص صراحة على ضرورة توقيع صحيفة الطعن من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة الاتحادية العليا هى ذاتها التى تتطلب أن تكون مذكرة المطعون ضده بدفاعه موقعة هى أيضا من محام مقبول للمرافعة أمام المحكمة الاتحادية العليا ، ولما كانت مذكرة المطعون ضدها موقعة من محام غير مقبول للمرافعة أمام هذه المحكمة فإنه يتعين عدم قبولها (الاتحادية العليا - مدنى - ١٩٨٠/١١/١٩ مجموعة عبد الله راشد جـ ٨ ص ٣٣٥٨ رقم ٨٩١) .

وعرضت بعض المحاكم صراحة لموضوع البطلان وبينت موقف التشريع فى دولة الإمارات منه ثم أفصحت عن النظرية المختارة التى تعبر عن مذهب القضاء . فقد قررت محكمة استئناف دبى « أن التشريع المعمول به فى القضايا الحقوقية لا يعرف نظرية البطلان سواء المطلق منه أو النسبى أو المتعلق بالنظام العام أو ذاك المتعلق بمصلحة للخصم على ما بين هذه الأنواع من البطلان من فارق فى النتيجة والأثر . وإزاء غياب النصوص واستهداء بالفقه فى موضوع البطلان فإن الشكل فى الاجراء والجزاء على مخالفة هذا الشكل يختلف الرأى فيه توسيعا وتضييقا . والاتجاه الحديث يربط شكل الإجراء بالغاية منه بما يؤدى إلى جعل الشكل أداة نافعة فى الخصومة وليس مجرد قالب ، ومن ثم فإن ما تراه المحكمة أن الاجراء يكون باطلا إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من هذا الاجراء . وبناء على ما تقدم وبالرغم من عدم وجود النص الصريح على البطلان فإن ما انتهى إليه الحكم المستأنف من أن اسم المدعى عليه من بيانات الدعوى الجوهرية ، فإن أغفل أو كان غامضا لا يعرف فإن الغاية من اللائحة لا تتحقق بما يفضى إلى بطلان مثل هذه اللائحة (إستئناف دبى -

مدنى - ١٩٧٩/٥/٢٦ - مجموعة عبد الله راشد ج ٢ ص ٩٦٦ رقم ٢٥٦) .

وقد أخذت المحكمة العليا نفسها بهذا الرأى فقضت بأن رسالة القواعد الإجرائية فى ظل أحكام التشريع الإسلامى يجب أن تكون أداة طيعة ومطية ذلولا مأمون الطريق من شأنها تيسير سبل التقاضى ، ولذا لا يحكم ببطلان الإجراء الشكلى إلا إذا نص القانون على ذلك أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء ، وهذا المبدأ العام يوفر المرونة فى سبيل تحقيق العدل الذى ينشده القضاء فى الإسلام ويقلل من دواعى البطلان دون انتقاص مما تكفله الإجراءات الشكلية من ضمانات للخصوم (الإتحادية العليا - نقض جزائى - ١٩٨٥/٥/٢٧ - مجلة العدالة العدد ٤٥ أكتوبر ١٩٨٥ ص ١٥١) .

ويتضح مما سبق أن مذهب لا بطلان بغير نص ليس هو مذهب القضاء فى دولة الأمارات ، وأن الأحكام الصادرة منه بمختلف درجاته لا تستقيم على هذا المذهب ، بل هى مطردة على تقرير البطلان كلما فقد الإجراء شرطا من شروطه الجوهرية سواء صرح القانون بالبطلان أو لم يصرح . والشروط الجوهرية هى التى يؤدى فوات أى منها إلى فوات الغاية من الاجراء كما صرحت بذلك المحكمة العليا نفسها . ولا شك أن حضور محام عن المتهم فى الجرائم التى يعاقب عليها بالموت أو الحبس المؤبد هو من الشروط الجوهرية اللازمة لصحة المحاكمة عن هذه الجرائم لاتصاله الوثيق بحق الدفاع ، وهو كما تصفه المحكمة العليا حق مقدس (الإتحادية العليا - نقض جزائى - ١٩٨٠/٣/١٨) . فإذا جرت محاكمة المتهم عن هذه الجرائم بغير حضور محام كان ذلك إخلالا خطيرا بحق الدفاع يعيب إجراءات المحاكمة بما يبطلها ويبطل تبعا لذلك الحكم الذى بنى عليها .

ويغلب على الظن أن المحكمة العليا عندما أصدرت حكمها الذى نحن بصدده كانت متأثرة على نحو ما بشناعة الجريمة المرتكبة من جهة ، وكانت من جهة أخرى على ما يشبه اليقين من أن وجه الرأى لن يختلف لو أنها ألغت الحكم وأعادت الدعوى إلى محكمة الموضوع لتحكم فيها مرة أخرى نظرا لأن إدانة المتهمين من قبل هذه المحاكمة إنما بنيت على إقرارهما الحر . غير أن ذلك كله لا يصلح مبررا فى نظرنا ، لما هو معلوم من أن الأسباب القانونية التى تعتمدها المحكمة العليا أساسا لأحكامها تنسلخ بمجرد صدورها عن الوقائع التى صدرت فى شأنها وتصبح مبادىء قانونية تتداولها المحاكم الأخرى ويتعامل الفقه معها باعتبارها مذهب القضاء . وكنا نفضل لو أن المحكمة العليا طرحت جانبا الظروف الخاصة بواقعة الدعوى والتزمت فى موضوع البطلان مذهبها وأكدت بطلان إجراءات المحاكمة ونقضت الحكم وأعادت الدعوى إلى

محكمة الموضوع لتفصل فيها مرة أخرى لتحمل هذه المحكمة مستقبلا وغيرها من المحاكم على التزام حكم المادة ٢/١١٩ من قانون الاجراءات ، وهو حكم لم يتقرر عبثا بل تقرر ليصون حقا هو حق الدفاع ، وهو من الحقوق التى تحرص الشريعة الإسلامية كل الحرص على صيانتها .

